DIE BESITZVERHÄLTNISSE AN DER GEFUNDENEN SACHE.

INAUGURAL-DISSERTATION

VORGELEGT

DER JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

KGL. BAYR. FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT

IN

ERLANGEN

VON

OTTO FREITAG
REFERENDAR.

Sommer-Semester 1896.

SEINEM VERSTORBENEN VATER

GEWIDMET.

Inhaltsangabe.

Einleitung.
Der Begriff des Findens.

I. Theil.
Das Besitzverhältniss des Finders zur Fundsache.

II. Theil.
Das Besitzverhältniss des Verlierers zur Fundsache.

Schluss.

Einleitung.

Der Begriff des Findens.

Der Sprachgebrauch des täglichen Lebens hat dem Worte „Finden" keine feste, bestimmte Bedeutung gegeben; vielmehr werden darunter häufig Vorgänge verstanden, welche mit dem eigentlichen Finden wenig oder überhaupt nichts zu thun haben, und deren Inhalt ebenso gut, wenn nicht richtiger, durch Worte wie „Antreffen, Bemerken" gekennzeichnet werden kann. In der juristisch-technischen Sprache dagegen hat das Wort „Finden" einen engen, genau umgrenzten Sinn erhalten; hier heisst „Finden nur das Antreffen und Ergreifen einer körperlichen, beweglichen, fremden Sache, die der Finder für eine verlorene hält". Diese Definition hat Delbrück aufgestellt [1]). In ähnlicher Fassung ist sie bei den meisten, früheren wie späteren Schriftstellern vertreten [2]). Auch wir schliessen uns derselben bis auf einen Punkt an, den wir unten näher erörtern werden. — Zerlegen wir nun die Delbrück'sche Definition in ihre einzelnen Bestandtheile, so müssen danach folgende Erfordernisse vorhanden sein, wenn Finden im juristischen Sinn vorliegen soll:

---

1) cfr. Delbrück in Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. III. S. 25.

2) cfr. Ferber, Disp. de Inventione rerum casu amissarum. These I. — Bloede, in den neuen Jahrbüchern f. sächs. Strafrecht von Watzdorf & Siebdrat. Bd. I. 2. S. 7. — Ries, Disp. de Inventione rerum casu amissarum S. 11.

1) Der Finder muss die Sache antreffen und ergreifen.

2) Die Sache muss eine körperliche, bewegliche sein.

3) Die Sache muss eine fremde sein.

4) Der Finder muss die Sache für eine verlorene halten.

ad 1) Der Finder muss die Sache antreffen und ergreifen. — Es ist gleichgültig, ob er die Fundsache zufällig oder erst nach längerem Suchen antrifft. Rei autem amissae inventio fit vel data opera vel fortuito [1]). Nothwendig ist aber, dass der Finder die angetroffene Sache in seinen Gewahrsam bringt. Das Moment der Besitzergreifung ist wesentlich für den Begriff des Findens. Wer eine Sache nur antrifft, aber nicht ergreift, ist kein Finder im juristischen Sinn. — Der einzige Schriftsteller, welcher die Besitzergreifung nicht für wesentlich erachtet, ist Gimmerthal. Nach ihm heisst „Finden im juristischen Sinn nichts weiter als eine Sache ausser Besitz antreffen“ [2]). Diese Begriffsbestimmung muss aber entschieden, wenn nicht als falsch, so doch zum mindesten als werthlos für juristische Zwecke bezeichnet werden. Ihre Unbrauchbarkeit wird am besten ersichtlich, wenn man sich einmal an einem Beispiel klar macht, zu welch' überraschendem Resultat die Anwendung derselben führen kann. Man stelle sich folgenden Fall vor: Jemand steht am Ufer eines Stromes und sieht auf demselben ein Brett oder irgend einen anderen Gegenstand vorübertreiben, ohne sich aber trotz gegebener Möglichkeit desselben zu bemächtigen. Zweifelsohne hat dann die in Rede stehende Person eine Sache ausser Besitz angetroffen und ist infolgedessen gemäss der Gimmerthal'schen Definition als Finder im juristischen Sinn zu betrachten. Als weitere Consequenz folgt dann aber auch, dass die Grundsätze des Finderrechtes in Anwendung

1) Ferber, a. a. O. These V.

2) Gimmerthal im Arch. f. civ. Praxis. Bd. 52. N. F. Bd. 2. S. 523, in fine.

kommen. Dass dies aber im vorliegenden Fall nicht möglich, dass überhaupt das blosse Antreffen einer Sache ausser Besitz keinerlei rechtliche Folgen nach sich ziehen kann, wird wohl niemand bestreiten wollen, und auch Gimmerthal selbst erkennt dies ohne weiteres an, indem er sagt: „Zwar — das muss zugegeben werden — entsteht durch das blosse Antreffen einer nur verlorenen fremden Sache weder ein Rechtsverhältnis zwischen Finder und Verlierer, noch hat dieser Akt für den Finder selbst irgend eine juristische Bedeutung; er legt ihm keine Pflichten auf, verleiht ihm aber auch kein Recht“ [1]). Wenn er aber dies einräumt, so giebt er damit indirekt auch zu, dass seine Definition des Findens keinen Anspruch auf juristische Brauchbarkeit erheben kann [2]). — Freilich ist die Besitzergreifung nothwendiges Erforderniss nur beim Finden verlorener Sachen d. h. beim Finden im streng juristischen Sinn. Anders verhält es sich dagegen zum Beispiel beim Finden eines Schatzes. Der Schatz wird nach der herrschenden Ansicht schon durch das blosse Antreffen gefunden [3]) und hier ist derjenige, welcher den Schatz auch nur erblickt hat, schon als Finder zu betrachten. Aber das Schatzfinden ist juristisch von dem Finden verlorener Sachen streng zu unterscheiden. Wie scharf diese Abgrenzung ist, zeigen schon die materiellen Bestimmungen des Rechtes über den Schatz. „Beim Schatz werden die früheren Rechtsbeziehungen ausser Acht gelassen, bei den bloss verlorenen „Fundsachen“ dauert dagegen das frühere Eigenthum zunächst fort“ [4]). — Selbstverständlich ist natürlich auch bei dem Finden verlorener Sachen das Moment der Besitzergreifung nicht so buchstäblich aufzufassen, dass der Finder die Sache etwa

1) Gimmerthal, a. a. O. S. 523.

2) cfr. Buchholtz: Diss. Die gefundene Sache und ihre rechtliche Bedeutung. Erlangen S. 20.

3) Windscheid, Pandecten. § 184, Anm. 9.

4) André, Diss. Die Lehre vom Schatz nach römischem und gemeinem Recht. Göttingen S. 16.

eigenhändig ergreifen müsste. Dies wäre zu weit gegangen! Es ist vielmehr nur nothwendig, dass derjenige, welcher eine verlorene Sache angetroffen hat, sich die Möglichkeit der sofortigen, unmittelbaren Einwirkung auf dieselbe verschafft. —

ad 2) Die Fundsache muss eine bewegliche, körperliche Sache sein. — Was nun dieses Erforderniss anlangt, so bedarf dessen Nothwendigkeit wohl keines längeren Beweises. Denn bei Immobilien „inventionis regulis ad eas adhibendis id officit, quod fieri non potest, ut inventor rem auferat, et quod dominus facultatem habet reperiendi, quandocunque vult“ . . .[1]) und bei den unkörperlichen Sachen, den Rechten, ist die Anwendung des Finderrechts schon um deswillen ausgeschlossen, weil Rechte sinnlich überhaupt nicht wahrnehmbar sind, mithin auch nicht angetroffen und ergriffen werden können. —

ad 3) Die Fundsache muss eine fremde sein. — Dies soll heissen: Die Sache muss zur Zeit des Findens schon jemandem eigenthümlich angehören. Hieraus ergiebt sich ohne weiteres, dass Sachen, welche überhaupt noch nicht oder zur Zeit des Findens nicht mehr im Eigenthum stehen, juristisch nicht gefunden werden können. Daher sind die res nullius auszuscheiden. Als solche führen die Quellen an, lapillos, gemmas et cetera, quae in litore inveniuntur[2]) . . . Auch die wilden Thiere gehören hierher[3]). Indessen ist diese Aussonderung der res nullius praktisch heutzutage ohne grosse Bedeutung, da im deutschen Rechtsgebiet res nullius doch nur in verschwindendem Masse vorkommen dürften und, falls solche etwa doch angetroffen werden, dieselben einen so geringen Werth darstellen, dass wohl kaum sich jemand die Mühe machen wird, dieselben auf-

1) Ries, a. a. O. S. 7.
2) cfr. § 18 Inst. 2. 1.
3) lex 3 } Dig. 41, 1.
lex 14 }
lex 4 u. 5 pr. Dig. 41, 1.

zunehmen. Viel wichtiger, da praktisch häufiger vorkommend, ist die Aussonderung der Sachen, welche zur Zeit des Findens niemand mehr angehören. Hier sind insbesondere die sog. res derelictae zu erwähnen. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit [1]). Jedoch ist bei der Behandlung einer gefundenen Sache als einer res derelicta grosse Vorsicht geboten. Denn es lässt sich in den wenigsten Fällen mit Sicherheit bestimmen, ob eine Sache von ihrem bisherigen Eigenthümer derelinquirt oder nur verloren ist. Die Entscheidung ist um so schwieriger, weil einmal die Vermuthung eher gegen als für die Dereliction streitet [2]) und anderseits zu der civilen Haftung auch noch die strafrechtliche Verantwortlichkeit hinzutreten kann. Ausserdem ist auch reichsgesetzlich bestimmt, dass see- und strandtriftige Güter [3]) sowie die von Reisenden zurückgelassenen Gegenstände [4]) von vornherein immer nur als verlorene, nicht aber als derelinquirte zu behandeln sind.

ad 4) Der Finder muss die Sache für verloren halten. — Hiermit will Delbrück sagen: „Es ist für den Begriff des Findens nicht unbedingt wesentlich, dass die Sache wirklich eine bereits verlorene ist, es kommt nur darauf an, dass der Finder die Sache für eine verlorene hält“ [5]). Denselben Standpunkt bezüglich dieses Erfordernisses vertreten auch die meisten anderen Schriftsteller [6]). Trotzdem können wir aber nicht beistimmen, vielmehr sind wir der Ansicht, dass die Fundsache auch thatsächlich eine ver-

---

1) cfr. lex 47. Inst. 2, 1.

2) Sell, Versuche im Gebiet des Civilrechtes. Vierte Abhdlg. § 6, S. 187 oben.

3) cfr. Reichsstrandungsordnung vom 17. V. 1874.

4) cfr. ferner: Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands vom 15. XI. 1892. § 38.

5) Delbrück, a. a. O. S. 24 in fine.

6) cfr. Bloede, a. a. O. S. 7. Walther, Disp. über den Funddiebstahl. München 1848. Seite 77.

lorene sein muss, wenn Finden im juristischen Sinn vorliegen bezw. das Finderrecht in Anwendung kommen soll. Die subjective Meinung, dass eine Sache von ihrem bisherigen Inhaber verloren sei, mag im Strafrecht Bedeutung haben, im Civilrecht kann sie nicht massgebend sein. Denn wie leicht kann jemand in gutem Glauben auf Grund irgend einer Täuschung eine Sache für verloren halten und an sich nehmen, während in Wirklichkeit und bei unbefangener Betrachtung alle Anzeichen gegen das Verlorensein sprechen! Sollte dann etwa die betreffende Person die Finderrechte geltend machen und zum Beispiel Anspruch auf Finderlohn erheben können? Das wäre doch eine offenbare Unbilligkeit gegen den Eigenthümer der angeblichen Fundsache und würde dem alten Rechtsgrundsatze widersprechen, dass niemand grundlos auf Kosten eines Anderen bereichert werden soll. Treffend heisst es daher auch bei Gruchot in den Glossen zum Preussischen Landrecht: „Der Anspruch auf Finderlohn setzt natürlich vor allem in objectiver Beziehung eine verlorene d. h. dem Gewahrsam des bisherigen Inhabers entkommene Sache voraus“ [1]). - Nun lassen allerdings die oben genannten Schriftsteller die subjective Meinung des Finders von dem Verlorensein nicht unbedingt gelten, sondern nur mit der Beschränkung, „dass diese Überzeugung des Finders eine durch richtige, allgemein gültige Schlüsse der Vernunft gerechtfertigt sein müsse“ [2]). Wie sollte aber wohl festgestellt werden, dass die subjective Überzeugung des Finders von dem Verlorensein der Sache auf richtigen, allgemein gültigen Schlüssen der Vernunft beruht? Es würde doch auch bei dieser Feststellung wieder vor allem auf die subjective Meinung ankommen! — Wir können somit an dem vierten Erforderniss der Delbrück'schen Definition nicht festhalten, sondern verlangen vielmehr, dass die Fundsache

1) Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Rechtes. Bd. VI. S. 456 oben.

2) Bloede, a. a. O. S. 8, vgl. ferner Walter a. a. O. S. 78.

auch wirklich verloren sein muss, wenn Finden im juristischen Sinn vorliegen soll. —

Jetzt ist aber immer noch die Frage offen, wann eine Sache denn als verloren anzusehen ist. Auch über diesen Begriff sind die Meinungen sehr getheilt. Doch haben die Quellen hier wenigstens eine negative Grenze gezogen, indem sie bestimmten, welche Sachen nicht als verloren gelten sollen. Als solche werden aufgeführt:

a) die bloss verlegten Sachen [1]).

b) die Sachen, zu deren Aufbewahrung eine besondere Anstalt getroffen ist, wenn sie auch nicht sogleich wieder gefunden werden können [2]).

c) vergessene Sachen [3]).

Weitere Vorschriften sind freilich in den Quellen nicht enthalten und es ist daher der Wissenschaft anheimgestellt, den Begriff der verlorenen Sache noch näher zu bestimmen. Es sind nun auch zahlreiche Definitionen aufgestellt. Dieselben weichen aber durchweg von einander ab, da die Verfasser theils mehr die strafrechtliche, theils mehr die civilrechtliche Seite im Auge gehabt haben. Während z. B. Bloede [4]) und nach ihm Walther [5]) „eine körperliche Sache dann verloren nennen, wenn in Folge eigener Fahrlässigkeit wider Wissen und Willen des Besitzers dessen freie körperliche Einwirkung auf die Sache aus dem Grunde unmöglich ist, weil dem Besitzer der Ort, an welchem sie sich befindet, nicht bekannt ist", lehrt

---

1) cfr. lex 3, § 13, Dig. 41, 2.

2) lex 44, pr. Dig. 41, 2. Delbrück a. a. O. S. 22.

3) lex 3, § 13, Dig. 41, 2. Schütze, im Arch. f. prakt. Rechtswissensch. Bd. 2, N. F. S. 161. Wenn daher jemand die soeben genannten Sachen irrthümlich für verloren hält und an sich nimmt, so geht zwar durch die Aufnahme der Besitz des bisherigen Eigenthümers bezw. Besitzers unter, aber die Grundsätze des Finderrechets kommen nicht in Anwendung.

4) Blöde, a. a. O. S. 3.

5) Walter, a. a. O. S. 74.

Delbrück[1]): „Verlieren ist Einbüssen des Besitzes einer körperlichen, beweglichen, in jemandes Eigenthum befindlichen Sache ohne eine darauf gerichtete menschliche Thätigkeit und ohne Aufhebung des Eigenthumes". Schütze[2]) wiederum definirt: „Verloren ist das, dessen Innhabung der bisherige Inhaber ohne seine Absicht so eingebüsst hat, dass er zur Zeit nicht weiss, wo es sich befindet". Von Ries[3]) endlich wird der Begriff der res casu amissa wie folgt formulirt: „res est mobilis, quae quidem inventionis tempore habet dominum, cujus autem possessionem ab illo aut possessore ita amissam esse existimamus, ut ubi sit summa adhibita meditatione memoriam ejus prorsus fugisse appareat". - Es ist nicht unsere Aufgabe, die soeben angeführten Definitionen einzeln auf ihre Vorzüge und Mängel hin zu prüfen. Vielmehr sei hier nur kurz bemerkt, dass wir im wesentlichen Schütze Recht geben und „eine Sache dann als verloren im juristischen Sinn betrachten, wenn der bisherige Inhaber gegen seinen Willen und ohne zu wissen, wo die Sache sich befindet, die Gewahrsam d. h. die Fähigkeit eingebüsst hat, selbst oder durch Andere physisch auf sie einwirken zu können" [4]).

Da nun somit auch der Begriff der verlorenen Sache festgestellt ist, lautet unsere Definition des Findens jetzt folgendermassen: Finder ist derjenige, welcher eine körperliche, bewegliche, vom bisherigen Inhaber verlorene Sache antrifft und ergreift d. h. in seinen Gewahrsam bringt. —

Es könnte jetzt bloss noch streitig sein, ob auch jede Person Finder im juristischen Sinn zu werden vermag? Diese Frage ist einfach dahin zu beantworten, dass jeder Finder werden kann, welcher nach den allgemeinen Grundsätzen fähig ist, Rechte und Pflichten zu übernehmen.

1) Delbrück, a. a. O. S. 25.
2) Schütze, a. a. O. S. 159.
3) Ries, a. a. O. S. 9 oben.
4) Bardeleben, in den Verhandlungen des XVI. deutschen Juristentages Bd. II, S. 34 oben.

I. Theil.

Das Besitzverhältniss des Finders zur Fundsache.

Wenn nun jemand in dem oben auseinandergesetzten technischen Sinne Finder geworden ist, so fragt es sich jetzt: In welches juristische Verhältniss tritt der Finder zur Fundsache? Eigenthümer kann er vorerst nicht werden. Dies ist ausgeschlossen. Denn durch das Verlieren einer Sache wird nach positiver Vorschrift der Quellen keinerlei Veränderung in den Eigenthumsverhältnissen hervorgerufen. Nihilo minus ejus eam esse, cujus fuerat, sagt klar und bestimmt der Jurist Scaevola in lex 67 Dig. 6. 1. Wie verhält es sich aber mit dem juristischen Besitz des Verlierers? Dieser ist zweifellos untergegangen, wenn auch nicht mit dem Augenblick des Abhandenkommens der Sache, so doch sobald solche als wirklich verloren anzusehen ist, z. B. sobald das dem Abhandenkommen unmittelbar folgende Nachsuchen und Nachfragen erfolglos geblieben. Ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere [1]). Unstreitig ist aber spätestens der Besitzverlust mit der Aufnahme der Sache durch den Finder eingetreten. Denn nunmehr steht der willkürlichen Einwirkung von Seiten des Verlierers ein dauerndes Hinderniss in der Person des Finders entgegen. — Die Möglichkeit, dass der Finder durch die Aufnahme juristischer Besitzer wird, ist demnach vorhanden. Ob dieser Fall aber wirklich eintritt, und ob nicht vielmehr der Finder nur als Detentor der Fundsache zu betrachten ist, diese Frage zu entscheiden, soll im Nachfolgenden unsere Aufgabe sein.

Die Quellen schweigen über diesen Punkt vollständig. Wir müssen daher nach den allgemeinen Grundsätzen über den Erwerb des juristischen Besitzes eine Entscheidung zu

1) cfr. lex 25, Dig. 41, 2, ferner auch lex 3, § 13, Dig. 41, 2 und lex 13 pr. Dig. 41, 2.

geben versuchen. Welches sind nun aber gemeinrechtlich die Voraussetzungen zum Besitzerwerb? Diese Frage lässt sich nicht ohne weiteres beantworten. Denn es giebt keine einheitliche Ansicht über den Besitzerwerb. Die Meinungen sind vielmehr in der Litteratur ausserordentlich verschieden und stehen oft in schroffem Gegensatz zu einander. Um daher zu einer begründeten Antwort der obigen Frage gelangen zu können, ist nothwendig, dass wir im folgenden erst näher auf die einzelnen Ansichten eingehen. Der gegenwärtige Standpunkt der Controverse ist etwa folgender:

Es lassen sich aus der Fülle der Meinungen drei Hauptgruppen ausscheiden. Die erste wird von Savigny, Windscheid, Randa und Brinz gebildet. Der zweiten gehören vor allem Kierulff, Bruns und Lenz an. Die dritte Gruppe endlich besteht aus Ihering, Pininski und anderen mehr. Ehe aber die einzelnen Ansichten erörtert werden, sei noch im Voraus bemerkt, dass auf das Erforderniss des corpus und die hierüber bestehenden Meinungsverschiedenheiten nur soweit, als durchaus nothwendig, eingegangen werden soll, da ja dieses Erforderniss nach der oben gegebenen Definition bei dem juristischen Finder stets vorhanden ist.

Was nun die erste Gruppe anlangt, so vertritt diese die sogenannte Herrschafts- oder Willenstheorie, deren Begründer Savigny ist. Savigny lehrt[1]: „Aller Erwerb des Besitzes beruht auf einem körperlichen Handeln (corpus oder Factum), von einem bestimmten Wollen (animus) begleitet. Das Factum muss den, welcher den Besitz erwerben soll, in eine solche Lage setzen, dass Er, und Er allein, nach Willkür die Sache behandeln, d. h. Eigenthum ausüben könne. Das Wollen muss darauf gerichtet sein, dass die Sache auch wirklich als eine eigene Sache behandelt werde". Adipiscimur possessionem corpore et

1) Savigny, Das Recht des Besitzes, 6. Auflage. S. 225.

animo neque per se animo aut per se corpore [1]). Danach muss also unbedingt das corpus d. h. die physische Macht und der animus d. h. das innere Wollen vorhanden sein, wenn juristischer Besitz erworben werden soll, während bei dem Fehlen des Willens (animus domini) [2]) nur Detention entsteht. Diese Lehre wird auch heute noch von den bei weitem meisten Schriftstellern vertreten und gilt daher als die herrschende Theorie. Ihr huldigen vor allem auch Randa, Windscheid und Brinz. Und wenn die beiden Letztgenannten [3]) auch an Stelle des Willens „die Sache wie ein Eigenthümer zu haben" den „Aneignungswillen" setzen, oder Randa [4]) den Willen „die Sache wie eigen zu haben" verlangt oder wieder Andere [5]) vom animus rem sibi habendi reden, im Principe bleiben alle diese Schriftsteller der Savigny'schen Lehre getreu. Und dies mit Recht! Denn mag auch der Ausdruck „animus domini" nicht quellenmässig [6]) sein, mag die Savigny'sche Lehre auch sonst noch in verschiedenen Punkten irren, die Scheidung von corpus und animus ist jedenfalls nicht willkürlich, sondern in den Quellen begründet. „Eine ähnlich scharf betonte und consequent beibehaltene Zerlegung eines Vorganges in seine Elemente, wird im ganzen römischen Recht kaum zum zweiten Mal zu finden sein" [7]).

Die zweite Gruppe, die von Kierulff, Bruns und Lenz gebildet wird, steht schon auf einem anderen Standpunkte wie die herrschende Ansicht. Kierulff lehrt folgendermassen: Die Detention und der animus rem sibi habendi sind bloss zwei Durchgangsstufen, welche das Subject allerdings nothwendig durchmachen muss, um

1) cfr. lex 3, § 1, Dig. 41, 2.
2) Savigny, a. a. O. S. 113.
3) Windscheid, a. a. O. § 149, S. 485. Brinz, Pandecten, 2. Aufl. § 137. S. 501.
4) Randa, Der Besitz, 4. Aufl. § 12, S. 454.
5) Böcking, Pandecten, Bd. I, § 123, S. 451.
6) Windscheid, a. a. O. § 149. Anm. 5 am Ende.
7) Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern, Seite 153.

Besitzer zu werden. Aber sie sind auch nur die Voraussetzungen für den wirklichen Besitz, nur seine Grundlage, d. h. sie legen den Grund zur Entstehung dieses Begriffes, sind aber unwesentlich für den entstandenen Begriff selbst, gehören also dem wirklichen Besitz nicht mehr an. Der wirkliche Besitz ist der ausgeführte, durchgesetzte Wille, welcher nicht mehr bloss darauf gerichtet ist, die Herrschaft der Sache zu erlangen (animus rem sibi habendi), sondern schon wirklich der Sache mächtig ist (animus possidentis) [1]). — Dieselbe Anschauung wie Kierulff vertritt auch Bruns, indem er lehrt: „Alles Recht besteht in der Herrschaft, der Macht, des individuellen Willens in der äusseren Welt. Dieser Wille ist Besitz, wenn er zur That und zum thatsächlichen Verhältniss wird, . . ." [2]). — Beide Schriftsteller betonen demnach mehr den Willen als das corpus. Immerhin verlangen sie aber zum Erwerb des Besitzes, worauf es uns hier allein ankommt, ebenso wie Savigny, das Zusammentreffen von corpus und animus und bedarf es daher keiner weiteren Erörterung ihrer Ansichten. — Bedeutend weiter ist Lenz gegangen. „Lenz steht auf den Schultern von Kierulff; er hat, was dieser nur in allgemeinen Umrissen zeichnete, bis zur äussersten Consequenz und auch darüber hinaus getrieben" [3]). Lenz geht nur vom Willen aus. Nach ihm „sind animus und corpus nicht zwei Bestandtheile des Besitzerwerbes, sondern zwei Momente eines Begriffes. In dem corpus manifestirt sich nur die Macht des Willens, ohne welche dieser überhaupt nicht gedacht werden kann. In dem Besitzwillen ist dreierlei unlösbar vereinigt: die bestimmte Richtung auf ein äusseres Objekt, das Bewusstsein davon, und deren machtvolle Verwirklichung. Im Besitzerwerb sind also dieselben drei Dinge wesentlich, welche von den römischen

1) Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechtes. S. 340 u. 341.

2) Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart § 57, S. 486.

3) Baron, in Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. VII, S. 39.

Juristen als affectio, scientia und corpus bezeichnet werden“ [1]). Die Unhaltbarkeit dieser Theorie von der Dreitheilung des Willens wird besonders durch Baron [2]) und Meischeider [3]) nachgewiesen. Treffend sagt der Letztere in seinem Buch über den Besitz: Affectio und scientia lassen sich nicht wohl trennen. Das Wissen ist nothwendige Voraussetzung des Wollens. Getrennt von der scientia ist die affectio ein wesenloses Ding, eine schattenhafte Abstraction. Das corpus dagegen ist kein blosses Moment des Besitzwillens, wie die scientia. Die Verwirklichung des Willens ist nicht, wie das Bewusstsein von dem Gewollten, dem Begriff des Willens immanent, und wenn im Besitz kein anderer Wille geschützt wird als derjenige, der sich verwirklicht hat, so folgt daraus nur, dass der Wille und seine Verwirklichung zwei Factoren des Besitzerwerbes sind, welche in steter Beziehung zu einander stehen, ohne dass darum der zweite zu einem blossen Moment des ersteren herabzudrücken ist“ [4]).

Die dritte Gruppe endlich besteht aus den Schriftstellern, welche die Savigny'sche Theorie und somit auch die herrschende Lehre als direkt falsch und den Quellen widersprechend bekämpfen. Die hervorragendsten Vertreter dieser Richtung sind Ihering und Pininski. Zunächst Ihering's Theorie. Nach Ihering giebt es keinen Unterschied des Willens in den Fällen des juristischen Besitzes und der blossen Detention. Wo die Römer juristischen Besitz und Detention unterscheiden, sind lediglich Zweckmässigkeitsrücksichten massgebend gewesen. Daher „nimm überall Besitz an, wo der äussere Thatbestand desselben vorliegt, soweit nicht von der anderen Seite in der Person des angeblichen Besitzers ein Verhältniss dargethan wird, mit dem das römische Recht lediglich Detention

1) Lenz, Das Recht des Besitzes. S. 99.
2) Baron, a. a. O. S. 39, ff.
3) Meischeider, Besitz und Besitzesschutz.
4) Meischeider, a. a. O. S. 200.

verbunden hat: eine der causae detentionis alieno nomine, die du in jedem Lehrbuch der Pandekten aufgezählt findest“ [1]). Diese Ansicht hat ohne Zweifel etwas für sich und bietet wegen ihrer Einfachheit insbesondere für die Praxis den wesentlichen Vortheil, dass danach im Streitfalle der Richter die Frage, ob jemand juristischer Besitzer oder bloss Detentor ist, sehr leicht entscheiden könnte. Trotzdem können wir Ihering nicht beistimmen. Denn seine Ansicht ist willkürlich und nicht in den Quellen begründet. Ihering glaubt allerdings den vollen quellenmässigen Beweis erbracht zu haben. Dass ihm dieser aber misslungen ist, wollen wir im Folgenden zu zeigen versuchen.

Zunächst ist die Behauptung Ihering's zurückzuweisen, dass die ganze Lehre von animus possidendi auf den zwei Stellen des Paulus (lex 1, § 20, Dig. 41, 2 und lex 37 Dig. 13, 7) beruhe und dass sonst nirgendswo in den Quellen der animus possidendi in dem Sinne, wie ihn Paulus gebraucht, angewendet würde [2]). Auch andere Stellen ausser der lex 28, Dig. 41, 2 von Tertullian, welche Ihering [3]) nicht anerkennen will, reden von dem Paulianischen animus possidendi. So z. B. werden mit Recht von den Anhängern der herrschenden Theorie die lex 18, § 3, Dig. 41, 2 und die lex 44 in fine 45 und 46, Dig 41, 2 citirt. Die lex 18, § 3 lautet:

Celsus: Si, dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desisse ilico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, simul sciero. In dieser lex wird gesagt, dass die heimliche Occupation eines Grundstückes, falls sie vom Besitzer nach Kenntnisnahme leicht wieder aufgehoben werden kann, keine besitzzerstörende Wirkung haben soll. Uns erscheint nun, als ob hierdurch der Gedanke klar gelegt werden soll,

1) Ihering, Der Besitzwille. Jena 1889. S. 11.
2) Ihering, Seite 269.
3) Ihering, Seite 270, Anm. 1.

dass der Eindringling Besitz erworben haben würde, eben weil er animo possessoris intravit d. h. weil er den animus possid. mit dem corpus verband und somit die Voraussetzungen des juristischen Besitzes erfüllte, wenn nicht der rechtmässige Besitzer sich in Unkenntnis von der heimlichen Okkupation befunden und die Möglichkeit gehabt hätte, den Okkupanten mit leichter Mühe wieder zu vertreiben [1]). Jedenfalls kann man das wohl aus der lex 18 folgern, dass auch nach der Ansicht des Celsus der animus poss. als nothwendig zum Besitzerwerb erscheint; denn sonst würde er nicht ausdrücklich „animo possessoris intraverit" gesagt haben. — Ebenso oder vielleicht noch mehr geht aus der lex 44 in fine 45, 46 Dig. 41, 2 hervor, dass auch Papinian den animus poss. als Merkmal und Voraussetzung des juristischen Besitzes ansah. Die Stelle hat folgenden Wortlaut:

Papinianus: nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo, licet neque servum neque colonum ibi habeamus, quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. Es handelt sich in dieser Stelle um einen ähnlichen Fall wie in der lex 18. Auch Papinian entscheidet, dass der rechtmässige Besitzer den Besitz nicht verlieren soll, quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus. Dies „quamvis" soll doch wohl sicherlich ausdrücken, dass ja eigentlich der animus possidendi — denn weiter soll der schärfere Ausdruck propositum possidendi nichts bedeuten — verbunden mit dem ingredi zum Besitzerwerb für den Okkupanten und zum Besitzverlust für den rechtmässigen Besitzer hätte führen müssen, wenn nicht der Letztere sich in Unkenntnis befand und dies aus Billigkeitsgründen berücksichtigt werden musste. Diesen eben gefolgerten Schluss darf man um so mehr deswegen ziehen, als aus

1) Kuntze, Zur Besitzlehre. Für und wider Ihering. S. 19.

dem tamdiu — quamdiu klar hervorgeht, dass von dem Moment an, wo der rechtmässige Besitzer Kenntnis von der Okkupation erhält und nicht sofort den Eindringling dejicirt, derselbe den juristischen Besitz erhalten soll, da bei ihm die Erfordernisse zum Besizerwerb, corpus et animus, vorhanden sind. Somit beweisen die beiden angeführten Stellen wohl zur Genüge, dass es den Anhängern der herrschenden Lehre gelang, was Ihering nicht gelungen, auch „bei anderen römischen Juristen sichere Spuren des animus possidentis zu entdecken [1])." — Ihering stützt nun seine eigene Theorie besonders auf fünf Digestenstellen, welche nach ihm „konkrete Entscheidungen der römischen Juristen für die Einflusslosigkeit des subjectiven Besitzwillens gegenüber der objectiven Rechtsregel [2])" sind. Die fünf Stellen sind:

1) lex 21 pr. Dig. 41, 1. Ihering, S. 343,
2) lex 44, § 4, Dig. 41, 3. Ihering, S. 344,
3) lex 13, Dig. 39, 5. Ihering, S. 345 u. 346,
4) lex 21, Dig. 41, 3. Ihering, S. 346,
5) lex 60, § 1, Dig. 19, 2. Ihering, S. 347 u. 348.

Die ad 1), ad 3) und ad 5) citirten leges brauchen hier nicht weiter erörtert zu werden. Denn, wenn sogar ein so begeisterter Anhänger Ihering's, wie Baron ist, zugestehen muss, dass diese Stellen nicht einwandsfrei sind und keinen Beweis ergeben [3]), so erübrigt sich wohl jede Untersuchung derselben. Anders verhält es sich mit lex 21 und lex 44, § 4, Dig. 41, 3. Diese Stellen hält Baron für vollständig angriffsfreie Belege der Ihering'schen Ansicht. Wir wollen nun prüfen, ob dieselben in der That als Beweise gelten können. — Was zunächst die lex 21 anlangt, so lautet diese:

---

1) Ihering, S. 270 in fine.
2) Ihering, S. 349.
3) Baron in Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. XXIX. S. 198, 199 und 202.

Javolenus: Ei, a quo fundum pro herede diutius possidendo capturus eram, locavi eum: an ullius momenti eam locationem existimes, quaero: quod si nullius momenti existimas, an durare nihilo minus usucapionem eius fundi putes, item quaero, si eidem vendidero eum fundum, quid de his causis, de quibus supra quaesii, existimes. respondit: si is, qui pro herede fundum possidebat, domino eum locavit, nullius momenti locatio est, quia dominus rem suam conduxisset: sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit, ideoque longi temporis praescriptio non duravit. in venditione idem iuris est, quod in locatione, ut emptio suae rei consistere non possit. In dieser lex sagt also Javolen, dass der Besitzer eines Grundstückes, welcher dasselbe an den nicht wissenden Eigenthümer verpachtet, keinen gültigen Pachtkontrakt abschliesst und daher den Besitz des Grundstückes verliert. Ihering behauptet nun: daraus, dass Javolen dem Verpächter den Besitz abspricht, folgt als unabweisbare Consequenz, dass der Pächter Besitzer ist. „Wäre der Jurist der Ansicht gewesen, dass mit dem Besitzverhältnis des Pächters keine Veränderung vor sich gehe, so wäre sein Schluss, dass der Verpächter den Besitz verliere (sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit) grundlos gewesen [1]). Diese Ihering'sche Folgerung ist an und für sich wahrscheinlich. Sie kann vielleicht um so mehr gezogen werden, wenn man, wie Hirsch es thut [2]), die lex 40, § 3, Dig. 41, 2 heranzieht. Nach dieser Stelle, welche lautet: Africanus: Si servum meum bonae fidei emptori clam abduxerim, respondit non videri me clam possidere, quia neque precarii rogatione neque conductione suae rei dominum teneri et non posse causam claudestinae possessionis ab his duabus causis separari, wird der Eigenthümer eines Sklaven, welcher den Letzteren dem gutgläubigen Käufer

1) Ihering, Seite 346 und 347.

1) Hirsch, Die Principien des Sachbesitzerwerbes- und Verlustes nach römischen Recht. Leipzig 1892, Seite 617 und 618.

ohne dessen Willen entzieht, nicht vitioser Besitzer desselben. Hiermit, meint Hirsch, stellt der Jurist zugleich implicite den Satz auf, dass der Eigenthümer des Sklaven den juristischen Besitz erlangt hat; denn er soll ja nicht vitios besitzen. Das Entsprechende müsse nun offenbar auch da gelten, wo der Eigenthümer seine Sache auf Grund eines über dieselbe geschlossenen Miethsvertrages in Händen hat, d. h. also der Pächter-Eigenthümer der lex 21 wird juristischer Besitzer. Ob nun diese Auslegung der lex 40, § 3, Dig. cit und ihre Anwendung auf lex 21 richtig ist oder nicht[1]), mag dahin gestellt bleiben. Denn dadurch wird immer noch nicht die Frage gelöst, wie die lex 21 mit der lex 25, Cod. 4, 65 zu vereinigen ist. Diese Kaiserconstitution aus dem Jahre 293, welche lautet: Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcumque rem accepit, possessionem debet prius restituere et tunc de proprietate litigare, giebt allgemein die Bestimmung, dass, wer auf Grund eines Miethsvertrages eine Sache erhalten und dann Eigenthümer zu sein behauptet, zunächst erst dem Vermiether den Besitz restitutiren muss und dann erst den Eigenthumsprozess anstellen kann. Hierdurch wird ausdrücklich der von Ihering aus lex 21 gezogenen Folgerung widersprochen. Baron freilich meint[2]), in der Codexstelle liege gerade eine Bestätigung des aus lex 21 geschlossenen Resultates. Er argumentirt folgendermassen: „Es kann nicht bestritten werden, dass in den Schlussworten possessionem debet restituere et tunc de proprietate litigare der juristische Besitz (er sucht dies nachher aus processualischen Gründen zu rechtfertigen) und das Eigenthum einander gegenüber gestellt werden; muss nun der vermeintliche Miether den juristischen Besitz heraus-

1) cfr. darüber übrigens auch Baron in Ihering's Jahrbüchern. Bd. XXX. S. 202.

2) Baron in Ihering's Jahrb. Bd. XXX. S. 199.

geben, so muss er ihn bis zur Herausgabe selbst haben[1])." Diese Deduction ist aber zweifellos unrichtig. Denn in der citirten Codexstelle kann possessio nur „Innhabung" bedeuten und das prius possessionem restituere nur den Sinn haben, dass der Miether dem Vermiether die Detention wieder einräumen muss. Es ist ein anerkannter Grundsatz des römischen Rechtes, dass der Miether nur die Detention erlangt, den juristischen Besitz aber noch wie vor der Vermiether behält. Per locationem retineo possessionem quum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi. (cfr. lex 37, Dig. 13, 7.) Wenn der Miether in der lex 25 Cod. cit. den juristischen Besitz gehabt hätte, so würde nicht dastehen: si quis ... rem accepit, sondern si quis possidet. Ausserdem ist auch die Bedeutung des Wortes „possessio" bei den römischen Juristen absolut keine feste; sondern „die gewöhnlichsten, dem gemeinen Sprachgebrauch angehörigen Ausdrücke possessio und possidere kommen für den Besitz in jedem Sinn und zu jedem Zweck vor, also sowohl für die blosse Detention als für den eigentlichen Besitz[2])." Baron geht somit von einer falschen Voraussetzung aus und ist daher sein Versuch, die Codexstelle mit lex 21 in Einklang zu bringen, als verfehlt anzusehen. Eher lässt sich die Erklärung hören, die Hirsch giebt[3]). Hirsch geht von der Voraussetzung aus, dass einerseits die lex 25 Cod. cit auf die Fälle zu beschränken ist, wo die Geltendmachung des Eigenthumes auf Widerstand stösst (er schliesst dies aus dem de proprietate litigare) und dass anderseits in der lex 21 der Verpächter das Eigenthum des Pächters nicht bestreiten wolle. Von diesem Standpunkt aus betrachtet beruht nach Hirsch die Entscheidung der lex 21 auf einem im wesentlichen processualischem Grunde. Es greift die Regel

1) Baron in Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. XXX. S. 199.

2) Sintenis: Gemeines Civilrecht. Bd. I. § 42, S. 443.

3) Hirsch, a. a. O. S. 619 und 624.

Platz: dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Dem Verpächter musste die Rückforderung der Sache nicht nur auf Grund des Pachtvertrages, welcher nichtig war, sondern auch auf Grund seines Besitzes versagt bleiben. Indem er sonach in seinem Besitz dem Pächter-Eigenthümer gegenüber schutzlos blieb, lag die Sache nicht anders, als wenn der Besitz durch Empfang der Sache auf den Eigenthümer übergegangen wäre. Ausserdem ist in der That die Willensrichtung des Pächters in der lex 21 eine solche, welche einen dem gewöhnlichen animus possidendi wenigstens ähnlichen Charakter hat. Was lag unter diesen Umständen näher als diesen Besitzübergang als einen Satz des materiellen Rechtes zu proclamiren? . . . . . So sucht Hirsch die in der lex 21 getroffene Entscheidung zu begründen und ihren Widerspruch mit der lex 25 Cod. cit. zu erklären. Voll und ganz kann aber auch diese Deutung nicht befriedigen, denn auch an ihr ist manches willkürlich und gekünstelt; und „auffallend“ [1]) muss die Entscheidung der lex 21 stets bleiben, da sie in schroffem Gegensatz zu dem sonst in den Quellen überall anerkannten Grundsatz steht, dass der juristische Besitz bei dem Vermiether animo retinetur [2]). Jedenfalls ist aber für die Ihering'sche Ansicht durch diese lex ein überzeugender Beweis nicht erbracht. Denn vor allem muss man doch daran festhalten, dass Ihering's Ansicht immer nur auf einer, wenn auch vielleicht wahrscheinlichen Folgerung, nicht aber auf den Worten Javolen's beruht. Javolen sagt nicht, dass der pachtende Eigenthümer juristischer Besitzer geworden, sondern nur, dass der Verpächter Besitzer zu sein aufgehört habe. — Ebenso wie die eben behandelte lex 21 kann aber auch die lex 44, § 4, Dig. 41, 3 nicht als Beweis für die Richtigkeit der Ihering'schen Ansicht gelten. Die lex 44, § 4 cit. lautet:

1) cfr. Windscheid, a. a. O. § 156, Anm. 5, S. 519.

2) cfr. z. B. lex 3, § 11, Dig. 41, 2, lex 1, § 25, Dig. 43, 16. § 5, Inst. 4, 15.

Papinianus: Filius familias emptor alienae rei, cum patrem familias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fide initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit?

Ihering[1]) meint nun, nach Savigny könne der filius familias nur die Detention erhalten, da er als redlicher Haussohn den animus rem sibi habendi gar nicht haben dürfe. Trotzdem gäbe ihm Papinian den Besitz. Hieraus folge, dass es vollkommen gleichgültig sei, ob er von dem Tod des Vaters wisse oder nicht. Es trete vielmehr die Regel in Kraft: plus est in re quam in existimatione mentis d. h. der objective Thatbestand entscheidet, das subjective Meinen ist einflusslos. Wie einleuchtend diese Deduktion auch erscheinen mag, die streitige Stelle lässt sich doch nicht in diesem Sinne erklären. „Vielmehr liegt die innere Rechtfertigung derselben darin, dass der filius familias in Bezug auf den Erwerb für das peculium profecticium, das ihm mit dem Tode des Vaters als eignes Vermögen zufällt, eines Willens fähig gedacht wird, der an Intensität dem animus possidendi nicht wesentlich nachsteht und den man, wenn die objective Schranke des selbständigen animus possidendi weggefallen war, dem letzteren in Ansehung der Usucapionswirkung gleichzustellen nicht Bedenken zu tragen brauchte[2])." Dieser Erklärung von Meischeider muss um so mehr beigepflichtet werden, als auch die lex 54, § 4, Dig. 41, 1, welche lautet:

Modestinus: Quidquid tamen liber homo vel alienus quive bona fide nobis servit non adquirit nobis, id vel sibi liber vel alienus servus domino sua adquiret: excepto eo quod vix est, ut liber homo possidendo usucapere possit, quia nec possidere intellegitur, qui ipse possideretur. sed nec per servum alienum, quem nos bona fide possidemus, dominus peculiari nomine ignorans usucapere poterit, sicuti

1) Ihering, S. 344.
1) Meischeider, a. a. O. S. 24.

ne per fugitivum quidem, quem non possidet, eine Widerlegung der Ihering'schen Auffassung enthält. Wenn in dieser Stelle gesagt wird, dass der bona fide serviens für sich nicht Besitz erwerben kann, so folgt daraus, dass Ihering's Ansicht falsch sein muss. Denn nach der Regel: plus est in re quam in existimatione mentis, müsste der bona fide serviens für sich Besitz erwerben. Da dem aber ausdrücklich widersprochen wird, so ergiebt sich, dass die Entscheidung der lex 44 § 4 cit. keinen Falls auf dem Grunde beruht, den Ihering hierfür angiebt[1]). — Somit dürfte zur Genüge dargethan sein, dass die von Ihering herangezogenen Quellenstellen einen durchschlagenden Beweis der Richtigkeit seiner Ansicht nicht liefern können. Doch hiervon abgesehen ist Ihering's Theorie auch in anderer Beziehung nicht haltbar. Es sei zum Beispiel bloss noch erwähnt, zu welchen Consequenzen seine Ansicht über den Willen führen muss, da nur dies hier interessiren kann. Nach Ihering ist Besitzwille und Inhabungswille einander gleich. Mithin hat der Pächter eines Gutes denselben Willen wie der Besitzer desselben, Hieraus folgt, dass der Pächter mit dem Pachtgut ebenso schalten und walten kann wie der Besitzer, welcher den animus domini hat. Er kann also aus dem Acker einen Steinbruch machen, aus dem Forst eine Wiese u. s. w. Das ist doch aber jedem Pächter unzweifelhaft sehr wohl bewusst, dass er die Sache nur soweit beherrschen darf, als es ihm der Pachtcontract erlaubt, und dieser gestattet in der Regel keine Veränderungen der Substanz. „Ihering sagt nun zwar, dann liege der Besitzmangel in der Verschiedenheit der Rechte und nicht des Willens. Allein schon der gewöhnliche, ehrliche Mensch will nicht mehr, als er darf, und wenn man daher bei allen solchen beschränkten Rechten und Besitzverhältnissen den faktischen Willen der Personen bestimmen will, so kann und muss

1) cfr. über die lex 44 § 4 noch Duncker: Die Besitzklage und der Besitz. Berlin 1884, Seite 223, Anm. 5.

man es ohne weiteres nach dem Inhalte der betreffenden Rechte thun“ [1]).

Endlich sei noch kurz Pininski angeführt, welcher, obwohl nur mit wesentlichen Modificationen, so doch im Princip als ein Anhänger Ihering's bezeichnet werden kann und sich auch selbst dazu zählt. Wie Ihering leugnet auch er den Willen als Thatbestandsmoment beim Besitz. Nach Pininski hat über „Entstehen und Bestehen des Besitzes vorzüglich die Lebenssitte zu entscheiden“ [2]). Denn „Besitz ist das thatsächliche Dienen der Sache einer gewissen Person“ [3]). Treffend bemerkt Windscheid hiergegen: „Unter dem Dienen aber der Sache, sollte man sagen, lässt sich nichts Anderes verstehen, als dass die Sache der Person gehorcht, und sie gehorcht der Person dann, wenn die Person die Macht hat über sie zu verfügen“ [4]). Demnach kommt also Pininski unbewusst mit der von ihm gegebenen Formulirung des Besitzes der herrschenden Theorie sehr nahe.

Ausser diesen soeben angeführten Schriftstellern, welche mit ihren Ansichten die weiteste Verbreitung gefunden haben, giebt es noch namentlich in der neueren Literatur zahlreiche andere Autoren, die sich speciell mit der Besitzesfrage beschäftigen. Es seien hier bloss noch Bähr, Stintzing, Klein sowie die schon citirten Duncker und Meischeider genannt. Von diesen Schriftstellern haben die beiden erst Aufgeführten jeder eine eigene und auch sehr eigenartige Theorie aufgestellt. Bähr lehrt bezüglich des Besitzerwerbes: Damit die Herrschaft des Einzelnen an einer Sache thatsächlich ins Leben trete, ist ein doppeltes erforderlich, ein Wollen und ein Können. Dieses Wollen und Können hat sich zunächst

1) Bruns, Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechtes. § 27, S. 297.

2) Pininski, der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes nach gemeinem Recht. I. Bd., S. 27.

3) Pininski, a. a. O. Seite 26.

4) Windscheid, a. a. O. § 153, Note 8 am Ende.

nur der Sache gegenüber zu erweisen“ [1] ... Stintzing wiederum ist der Meinung, dass die Besitzwillen- und corpus-Frage vollkommen gleichgültig sei. Er sucht den Begriff des Besitzes nicht aus dem Verhältniss der Person zur Sache zu bestimmen, sondern er erblickt in dem Besitz vielmehr eine thatsäche Macht-Beziehung über die Mitmenschen, nicht über die Sache. Wer den Ausschlusswillen hat, ist Besitzer [2] ... Beide Ansichten, sowohl die von Bähr als auch die von Stintzing, haben aber, soweit zu sehen, keinen nennenswerthen Anklang gefunden, und erübrigt sich daher jede weitere Besprechung derselben. Ebenso brauchen auch die anderen drei der oben genannten Schriftststeller nicht weiter erörtert zu werden, da sie sich doch mehr oder minder, wenigstens was den uns allein interessirenden Besitzerwerb anlangt, an eine der schon vorgetragenen Theorieen anlehnen; so z. B. Meischeider und Duncker an die herrschende [3], Klein an die Ihering'sche Theorie [4]. — Wohl aber muss an dieser Stelle noch kurz die Ansicht von Bekker wegen ihrer Eigenart hervorgehoben werden. Bekker stellt die sog. Zweiwillenstheorie auf, die er folgendermassen begründet: „Corpus ist Handlung, gewollte Körperbewegung; gerade der reine Willensakt, das Gebot das von dem Centrum der Willenskraft ergeht, gehört zum Corpus (das dar ohne gar nicht zu denken ist) nicht zum animus“ [5]. Ausserdem ist aber naeh Bekker noch zum Besitzerwerb der animus nothwendig. Dieser animus ist nach ihm „jedesfalls eine Vorstellung, die der Handelnde, hier der Besitzergreifende, bei seiner Handlung hegt und die, regelmässig wenigstens, als Ursache des definitiven Entschlusses

1) Bähr in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. XXVI. N. F. Bd. XIV. Seite 227 ff.

2) Stintzing, Zur Besitzlehre. Kritische Streifzüge. Seite 1, ff. 5

3) Meischeider, a. a. O. S. 199. Duncker, a. a. O. S. 162.

4) Franz Klein, Sachbesitz und Ersitzung. Berlin 1891. Seite 65 und 66.

5) Bekker, a a. O. Seite 160.

auftritt; ein Motiv also zur Handlung, das wir immer noch am besten als „Absicht" bezeichnen werden" [1]). Bekker behauptet demnach, zum Besitzerwerb müssten zwei Willen vorhanden sein. Der eine ist dem corpus immanent, der andere ist der eigentliche animus, den er als „Absicht" bezeichnet. „Schon der angegebene Grund dieser Annahme ist bedenklich, da das corpus nicht nothwendig Handlung ist, aber auch sonst halten wir diese Zweiwillenstheorie für wenig glücklich und am wenigsten für römisch. Was soll der Okkupant oder derjenige, welcher den Besitz in Folge der Tradition corpore et animo erwirbt, denn noch anderes gehabt haben, als den Willen Besitzer zu werden und zu sein? Hat er ihn nicht gehabt, so erwirbt er eben keinen Besitz" [2]). — Dies ist ungefähr der gegenwärtige Standpunkt der Doctrin bezüglich der Frage, welche Erfordernisse zum Besitzerwerb nothwendig sind.

Stellen wir uns nun auf den Boden der herrschenden Theorie, welche wir als die allein richtige erkannt, so müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein, damit der juristische Besitz erworben wird, erstens das corpus d. h. die thatsächliche Gewalt über die Sache und zweitens der animus rem sibi habendi d. h. der Wille die Sache für sich zu haben)[3]. Das Erforderniss des corpus ist beim Finder, wie schon oben erwähnt, vorhanden; dies kann keinem Zweifel unterliegen. Hat er aber auch den animus rem sibi habendi? Diese Frage ist vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus unbedingt zu verneinen. Der Finder, wenn er ein redlicher Mann ist, kann gar nicht den animus rem sibi habendi haben, er kann gar nicht die Fundsache ausschliesslich für sich besitzen wollen.

1) Bekker, a. a. O. Seite 161 oben.

2) Kindel in Rassow und Küntzel's Beiträgen zum Deutschen Recht. Bd XXV. 25. Jahrgang. S. 795.

3) Wir wollen, wie die Meisten Neueren es thun, den Savigny'schen animus domini fallen lassen und an Stelle dessen den animus rem sibi habendi setzen.

Denn er weiss ja ganz genau, die Sache ist nur verloren, sie hat einen Eigenthümer, dessen Eigenthum nach wie vor bestehen bleibt und dem der Finder die Sache herauszugeben jeder Zeit rechtlich verpflichtet ist. Der Finder weiss, dass er die Fundsache nicht zu eigenem Nutzen gebrauchen, insbesondere keinerlei Veränderungen, ausgenommen nothwendige, an derselben vornehmen darf, kurz er weiss, dass sein Verfügungsrecht ein ganz beschränktes ist und, wenigstens zunächst, über das eines Depositars kaum hinausgeht. All' dies steht der Annahme des juristischen Besitzes beim Finder entgegen und deutet darauf hin, dass derselbe vielmehr nur als Detentor anzusehen ist. Diese Ansicht war auch bis vor kurzem die ausschliessliche [1]). In der neueren Zeit ist aber vielfach das Bestreben hervorgetreten dem Finder trotz seiner auf Rückgabe der Sache gerichteten Absicht den juristischen Besitz zuzuschreiben. Vor allem ist diese Ansicht von Gegnern der herrschenden Lehre geltend gemacht, wie z. B. von Ihering. Nach Ihering ist der Finder als Ersatzmann anzusehen: der Ersatzmann hat die Absicht die Sache dem Mandanten herauszugeben, gleichwohl erhält er den juristischen Besitz. Folglich bekommt auch der Finder den juristischen Besitz [2]). Diese Deduktion ist vom Ihering'schen Standpunkt vollkommen zutreffend, sie ist aber unvereinbar mit den Principien der herrschenden Lehre. Daher suchen denn auch die Anhänger der Willenstheorie das Problem in anderer Weise zu lösen und auf diese Ansichten müssen wir jetzt noch näher eingehen.

Vor allem ist hier Mandry [3]) zu nennen, welcher zuerst aus Gründen der Zweckmässigkeit und juristischen

1) Vrgl. Gimmerthal a. a. O. S. 527, auch Schütze, Bloede, Walther stehen auf diesem Standpunkt. In neuester Zeit ist auch Stintzing, Kritische Streifzüge, Seite 63. Anm. hierfür eingetreten. Auch Windscheid vergl. § 149, Note 7 in fine gegen Mandry.

2) Ihering, a. a. O. S. 426.

3) Mandry, Zur Lehre vom Besitzeswillen im Archiv für civ. Praxis. Bd. 63. N. F. Bd. 13. S. 1—26.

Logik den Besitz des Finders zu rechtfertigen gesucht hat. Ihm ist aber der Beweis seiner Ansicht wenig geglückt. Denn er gelangt nur deshalb zu seinem Resultat, weil bei ihm „der Besitzeswille inhaltlich vollständig mit dem animus detinendi zusammentrifft d. h. nichts anderes ist, als der Wille, die Sache zu haben“ [1]). Damit giebt aber Mandry sicherlich die herrschende Theorie, deren Anhänger er im übrigen ist, auf und nähert sich bedenklich der Ihering'schen Auffassung vom Besitzeswillen. —

Weit zutreffender ist die Begründung, die Kuntze [2]) für den juristischen Besitz des Finders giebt. Nach Kuntze hat der Finder zunächst nur den Inhabungswillen, aber es schwebt ihm zugleich vor, dass die Sache vielleicht derelinquirt oder der Eigenthümer überhaupt nicht zu ermitteln ist, und demgemäss fasst er den Willen eventuell sein Finderrecht geltend zu machen und die Sache als die seinige zu behalten. Diese Theorie hat offenbar zunächst etwas ungemein Bestechendes und im praktischen Leben wird in der That besonders der Finder eines werthvollen Gegenstandes oft diesen bedingten Besitzwillen haben. Trotzdem lässt sich aber der juristische Besitz des Finders rechtlich in dieser Weise nicht begründen. Denn allgemein jedem Finder den von Kuntze angenommenen doppelten Willen unterschieben zu wollen, ist ganz willkürlich und auch mit der Wirklichkeit nicht vereinbar. Ebenso gut wie nach Kuntze der Finder den bedingten Besitzwillen haben soll, kann man auch annehmen, dass ihm gerade der diesbezügliche Wille mangelt. Man stelle sich zum Beispiel folgenden Fall vor: Ein reicher aber wohlwollender Mann findet eine noch gut erhaltene Arbeitermütze. Er hebt dieselbe auf, um sie dem Verlierer zurückzugeben, da er sich sagt, dass der Träger einer solchen Mütze den Verlust derselben materiell jedenfalls schmerzlich empfinden wird. Er deponirt dann die Mütze

1) Mandry, a. a. O. S. 26.

2) Kuntze, Zur Besitzlehre. Für und wider Hering. S. 69 u. 70.

bei der nächsten Polizeibehörde und kümmert sich nachher überhaupt nicht mehr um die ganze Angelegenheit. Es liegt doch auf der Hand, dass dieser Finder auch nicht im geringsten daran gedacht hat, eventuell die Mütze für sich zu erwerben, falls der Verlustträger nicht zu ermitteln sein sollte! Ebenso wird der bedingte Besitzwillen auch fehlen, wenn der Fundgegenstand in der Hauptsache nur einen reinen Affektionswerth darstellt, wenn z. B. jemand ein Medaillon oder die Photographie einer ihm unbekannten Person findet. In allen solchen Fällen wird die Anwendung der Kuntze'schen Theorie versagen und, wenn der Finder die Sache überhaupt an sich nimmt und aufbewahrt, so geschieht es doch nur aus Wohlwollen gegen den Verlierer. Der juristische Besitz des Finders lässt sich eben nicht rechtfertigen, so lange man an der herrschenden Theorie festhalten will! Die Überzeugung von der Richtigkeit dieser Behauptung kann auch Hirsch nicht erschüttern, welcher hier als dritter Verteidiger der von uns bekämpften Ansicht zu nennen ist. Hirsch begründet dieselbe folgendermassen: der Wille des Finders ist darauf gerichtet, dem Eigenthümer die Möglichkeit zu eröffnen, die verlorene Sache wieder zu erlangen. „Um diesen Zweck zu erreichen, verschafft er sich zunächst selbst die Herrschaft über die Sache, seine Herrschaft aber soll als Durchgangspunkt für diejenige eines Anderen dienen“ [1]). Diese Deduktion kann aber nicht einleuchten. So richtig wie der erste Satz ist, so unmotivirt ist der zweite. Um dem Verlustträger die Möglichkeit zu eröffnen, die Sache wieder zu erlangen, ist absolut nicht nothwendig, dass deswegen der Finder erst selbst den juristischen Besitz erwerben muss. Es genügt doch vollkommen, dass er die Sache in seinen Gewahrsam nimmt d. h. detinirt! Wenn Hirsch dem Finder trotz seiner auf Rückgabe der Sache an den rechtmässigen Eigenthümer gerichteten Absicht

1) Hirsch, a. a. O. Seite 678.

den animus rem sibi habendi octroyirt, so steht er eben nicht mehr auf dem Boden der herrschenden Theorie, deren Anhänger zu sein er behauptet, dann leugnet er den subjectiven Willen als Voraussetzung und selbständiges Element des juristischen Besitzerwerbes [1]). —

Somit müssen wir trotz des Widerspruches der genannten Schriftsteller daran festhalten, dass im Sinn der herrschenden Lehre der Finder nur als Detentor aufgefasst werden darf, weil ihm der zum Besitzerwerb nothwendige animus rem sibi habendi mangelt. Wir müssen um so mehr hierbei beharren, als auch die Gerichtspraxis sich in verschiedenen Entscheiduugen auf denselben Standpunkt gestellt und den Finder nur als Innhaber d. h. Detentor handelt hat [2]). Endlich enthält anch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich die Bestätigung unserer Ansicht. Denn auch der Entwurf fordert in § 797 wie die herrschende Lehre des gemeinen Rechtes zum Erwerb des juristischen Besitzes ausser der thatsächlichen Gewalt über die Sache den Willen des Inhabers die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille); auch der Entwurf gelangt in konsequenter Anwendung dieses Principes

1) Auch Dernburg, Pandecten § 173 S. 398 fasst den Finder als juristischen Besitzer auf, indem er ihm die gleiche Stellung wie dem Sequester zuschreibt. „Finder und Sequester aber rechtlich gleichzustellen, ist ein sehr gewagter Versuch; denn der Sequester erhält den juristischen Besitz nur nach Rechtsvorschrift und auf Willen der Parteien. Beim Finder fehlen jedoch die Rechtsvorschriften und Parteiwille ist nicht vorhanden". cfr. Buchholtz a. a. O. S. 35. — Unserer Ansicht, dass der Finder nur als Detentor aufzufassen ist, scheint Weiss, Disput. Göttingen 1891 „Das Recht des Finders" beizustimmen, indem er Seite 31 sagt: „Ob man nicht gerade umgekehrt von dem Principe auszugehen habe, dass wir dann, wenn die Quellen dem Inhaber einer fremden Sache nicht ausdrücklich Besitz zuschreiben, zur Annahme von Detention verpflichtet sind" ..... Für den juristischen Besitz ist endlich auch noch Hass: „Die Klagen des Verlierers gegen den Finder". Göttingen 1890. Dissertation Seite 18 cfr.

2) vergl. Seuff. Arch Bd. XXI. No. 15, Bd. XXXIII. No. 307.

zu dem Resultat, den Finder nur als Inhaber zu betrachten [1]). Allerdings geniesst der Inhaber nach dem Entwurfe, wie Ihering zu Gunsten seiner Ansicht geltend machen will [2]). denselben rechtlichen Schutz wie der juristische Besitzer und insofern weicht seine Stellung von der des römisch-gemeinrechtlichen Detentors wesentlich ab. Aber dies beruht auf Erwägungen, die hier nicht erörtert zu werden brauchen. Die moderne Praxis und Gesetzgebung hat nun einmal unverkennbar die Neigung die Detention zu schützen [3]) und de lege ferenda soll auch nicht geleugnet werden, dass es vielleicht zweckmässig wäre, dem Finder-Detentor einen höheren Rechtsschutz zu gewähren, als er ihm zur Zeit nach gemeinem Recht zusteht. — Anderseits muss aber wohl beachtet werden, dass auch nach dem jetzigen Zustande des gemeinen Rechtes der Finder nicht in dem Masse schutzlos ist, um daraus, wie Mandry es thut [4]), die unumgängliche Nothwendigkeit seines juristischen Besitzes herleiten zu können. Vielmehr stehen dem Finder behufs Wiedererlangung der Fundsache nach der gemeinrechtlichen Praxis mehrere Klagen zu Gebote. So zum Beispiel die condictio possessionis für den Fall, dass der Finder wider seinen Willen die Detention eingebüsst hat, der dritte Inhaber aber die Herausgabe verweigert [5]). Die Voraussetzung der condictio ist grundlose Bereicherung des Beklagten auf Kosten des Klägers. Der Finder erleidet aber sicherlich durch den Verlust der Fundsache einen Vermögensnachtheil. Denn aus dem Finderrechte fliessen Vortheile, die im täglichem Leben nicht übersehen zu werden pflegen und deren Bedeutung in dem Masse

1) Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Bd. III. Sachenrecht. S. 80. 375, Amtliche Ausgabe. Guttentag 1888.

2) Ihering, a. a. O. S. 470 ff.

3) Bruns, Besitzesklagen. S. 236.

4) Mandry, a. a. O. S. 2.

5) Seuff. Arch. Bd. XXXIII. N. F. Bd. III. No. 307. S. 420 ff.

steigt, als der Werthsbetrag des Fundobjektes ein höherer ist. In dem Haben dieser Vortheile nun liegt eine rechtlose Bereicherung des Dritten-Beklagten auf Kosten des Finder-Klägers und ist daher die condictio possessionis für begründet zu erachten [1]). Hat aber der Finder die Sache freiwillig aus der Hand gegeben, indem er sie bei der Polizeibehörde niederlegte, und verweigert diese die Rückgabe, so ist durch die Ablieferung des Fundes einerseits und die Übernahme des Gewahrsames anderseits ein Obligationsverhältniss entstanden [2]), aus dem der Finder, sei es mit der actio mandati sei es mit der actio depositi auf Rückgabe klagen kann. Gegen unbefugte Eigenmacht endlich, soweit diese civilrechtlich bei Mobilien überhaupt möglich ist, würde gegebenen Falls die Spolienklage anwendbar sein, wenn man berücksichtigt, dass der Finder wegen gemachter Aufwendungen oder wegen des etwaigen Finderlohnes doch immerhin auch in eignem Interesse detinirt. Lässt er sich aber in dieser Weise als Detentor in eignem Interesse auffassen, so steht ihm nach reichsgerichtlicher Entscheidung gegen unbefugte Eigenmacht Dritter die Spolienklage zu [3]). —

II. Theil.

Das Besitzverhältniss des Verlierers zur Fundsache.

Nachdem somit festgestellt ist, dass der Finder nur die Detention der Fundsache erlangt, ist jetzt nur noch

1) Windscheid, a. a. O. § 184, No. 7 am Ende und die dort angegebenen Schriftsteller.

2) Heusser's Annalen, Bd. XIV. S. 463 in fine. Seuff. Arch. Bd. XXI. No. 15, S. 27.

3) Entsch. d. R. G. Bd. V. S. 164.

zu untersuchen nothwendig, ob etwa dem Verlierer durch den Finder der juristische Besitz an dem verlorenen Gegenstand von neuem erworben wird. Es kann sich nur um Neuerwerb, nicht aber um Fortsetzung des alten Besitzes [1]) handeln, da ja, wie schon oben erwähnt, der alte Besitz auf jeden Fall untergegangen ist. Der neue Besitzerwerb des Verlierers durch den Finder könnte in zweifacher Weise vor sich gehen. Entweder ist der Finder als direkter Stellvertreter aufzufassen oder er hat als unbeauftragter Geschäftsführer gehandelt. —

Was nun zunächst den Besitzerwerb infolge direkter Stellvertretung des Finders anlangt, so ist diese Möglichkeit von vornherein ausgeschlossen. Denn ganz abgesehen von der Streitfrage, ob ein Specialmandat erforderlich ist oder ein Generalmandat genügt [2]), jedenfalls muss als wesentliches Erforderniss der direkten Stellvertretung verlangt werden, dass irgend ein juristisches Verhältniss zwischen Repräsentanten und Repräsentirtem vorliegt. Dass aber ein solches zwischen Finder und Verlierer zunächst nicht vorhanden ist, braucht wohl nicht weiter erörtert zu werden. Nun stellt zwar Schlossmann den Satz auf: „Der Besitz, welchen jemand für einen Anderen, und zwar nicht suo nomine ergreift, fällt diesem Anderen ipso jure ohne vorgängiges Special- oder Generalmandat und ohne nachfolgende Ratihabition zu“ [3]). Danach würde also der Verlierer ipso jure den Besitz an der Fundsache wieder erworben haben, weil ja der Finder dieselbe für ihn er-

1) „Damit der Besitz fortdaure, muss jeder Zeit die Möglichkeit vorhanden sein, das als Bedingungen des Erwerbes dargestellte unmittelbare Verhältniss, also durch dieses das Bewusstsein physischer Herrschaft über die besessene Sache, zu reproduciren: mit dieser Möglichkeit wird zugleich der Besitz selbst aufgehoben.“ Savigny, a. a. O. S. 415 u. 416.

2) cfr. Savigny, a. a. O. § 26. Windscheid, a. a. O. § 155. Anm. 9, S. 514. Randa, a. a. O. § 20. Anm. 12.

3) Schlossmann, Der Besitzerwerb durch Dritte. Leipzig 1881. Seite 174.

griffen hat. Indessen ist diese Ansicht sicherlich nicht als die gemeinrechtliche anzusehen und wohl auch nicht in den Quellen begründet. Denn „der Rechtszustand, den Schlossmann hiermit heraufbeschwört, ist natürlich ein geradezu abenteuerlicher: Besitz ohne Willen und Bewusstsein“ [1]). Auch in den Motiven zum Entwurf wird diese Auffassung des Besitzerwerbes durch Dritte mit Entschiedenheit zurückgewiesen, indem es hier Seite 87 am Ende heisst: „Noch weiter zu gehen und wegen des Umstandes, dass der Besitzerwerb ein reiner Rechtserwerb ist, von einer jeden Art von Consens und Mitwirkung desjenigen, welchem der Besitz erworben sein soll, abzusehen, erscheint nicht zulässig, da die Erwerbung einer Rechtsposition ohne jede Betheiligung des Erwerbenden lediglich auf Grund des einseitigen Willensaktes einer anderen Person den allgemeinen Grundsätzen widerspricht“. Da mithin die Möglichkeit direkter Stellvertretung also gänzlich ausgeschlossen ist, so bleibt jetzt nur noch zu prüfen übrig, ob der Finder dem Verlierer etwa als unbeauftragter Geschäftsführer den juristischen Besitz an der Fundsache erwirbt. Im Allgemeinen ist nun zweifellos der Finder in seinem Verhältniss zum Verlierer als negotiorum gestor zu beurtheilen. Sicherlich existirt für niemanden ein rechtlicher Zwang zur Aufnahme einer verlorenen Sache. Vielmehr steht es jedem frei, dieselbe liegen zu lassen, wo sie liegt. Wenn aber der Finder die Fundsache einmal definitiv in seinen Gewahrsam genommen hat, dann ist er auch rechtlich verpflichtet, damit im Interesse des Verlierers zu verfahren, d. h. nach den Grundsätzen der negotiorum gestio zu handeln. Dieser Satz ist heute anerkannt geltendes Recht [2]).

1) Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung. Wien 1885. Seite 67.

2) cfr. Verhdlgen. des XVI. deutschen Juristentages. Bd. I. S. 53. 55, ferner Windscheid, a. a. O. § 184, Anm. 7, S. 633.

Seine Richtigkeit erleidet auch durch Ihering's Polemik [1]) keinen Abbruch. Allerdings gedenken die Quellen nirgends der Anwendbarkeit der negotiorum gestio auf Finder und Verlierer. Aber dies ist kein Beweis dafür, dass deswegen die Grundsätze der negotiorum gestio ausgeschlossen sind. Die Bestimmungen der Quellen über das Finden verlorener Sachen sind überhaupt nicht erschöpfend, sondern im Gegentheil sehr dürftig. Ebensowenig wie der soeben angeführte Einwand ist aber auch der Grund Ihering's stichhaltig, dass der Finder eventuell negotia sua gerirt, sowie dass er die Person des Geschäftsherrn nicht kennt. Denn was die negotia sua anlangt, so ist darauf zu erwidern, dass die ganze Frage nach der negotiorum gestio doch nur immer dann praktisch wird, wenn sich die Absicht des Finders eigne Geschäfte wahrzunehmen, nachher als verfehlt herausstellt. Dann hat aber doch der Finder fremde negotia geführt! Auch der Umstand wird nicht im Wege stehen, dass die Person des Geschäftsherrn dem Geschäftsführer vorerst noch unbekannt ist. „Denn der Wortlaut des praetorischen Ediktes macht die Klage aus der negotiorum gestio nicht davon abhängig, ob der negotiorum gestor den Beholfenen gekannt hat oder nicht. Lenel (Ed. Perp. § 35) restituirt den Wortlaut des Ediktes folgendermassen: Si quis negotia alterius gesserit, judicium eo nonime dabo. Und es scheint diese Allgemeinheit sehr wahrscheinlich. Da der Anspruch doch nicht aus einem Auftrag entsteht, sondern das utiliter gestum den Grund des Anspruches abgiebt, so ist auch die Kenntniss der Person des Beholfenen nicht immer nöthig [2])." — Wenn nun der Finder somit als negotiorum gestor anzusehen ist, so kann er als solcher zweifellos für den Verlierer, den dominus negotii, Besitz erwerben. Indessen ist diese Frage immer eine offene und lässt sich nur im konkreten Fall entscheiden. Denn das Ausschlag gebende Moment bildet

1) Ihering, a. a. O. S. 422.
2) Stintzing, Besitz. Seite 144.

die Ratihabition von Seiten des dominus negotii, das ist des Verlierers. Wird diese ertheilt, so hat der Verlierer allerdings von dem Moment der Ergreifung der Fundsache durch den Finder ab wieder den juristischen Besitz an derselben erworben. Denn nach der herrschenden Meinung [1]) hat die Ratihabition des dominus negotii auch beim Besitzerwerb rückwirkende Kraft. Gegen diese Ansicht haben sich freilich auch viele Stimmen erhoben; insbesondere ist Savigny anderer Meinung [2]). Doch mag dem sein, wie es wolle, es kann wie schon oben gesagt, nicht ohne weiteres entschieden werden, ob Ratihabition erfolgt oder nicht. Daher können wir allgemein nur fesstellen, wie es sich bis zur etwaigen Ertheilung oder Versagung der Genehmigung mit dem Besitzerwerb des Verlierers durch den Finder verhält. Und hier lässt sich nur sagen, dass bis dahin niemand juristischer Besitzer ist. Der Finder ist es nicht, weil ihm der animus rem sibi habendi mangelt; der Verlierer ist es nicht, weil seine Genehmigung des Besitzerwerbes nicht praecludirt werden kann. Der Besitz ist eben in suspenso [3]).

Schluss.

Überblicken wir nun noch einmal unsere gesammten Ausführungen, so bemerken wir, dass bei der gefundenen Sache die Besitzverhältnisse eigenartig gestaltet sind, indem an derselben zwar Eigenthum und Detention, nicht aber juristischer Besitz besteht. Dieses Resultat mag auf den

1) Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio. Strassburg 1876. Seite 220 ff. Windscheid, a. a. O. § 155. Anm. 10a.

2) Chambom, negotiorum gestio, Seite 171 ff. Leipzig 1848. Savigny, a. a. O. Seite 365. Note 2.

3) cfr. Zimmermann, a. a. O. Seite 221. Anm 289 u. lex 22, § 3, Dig. 49, 15.

ersten Blick vielleicht etwas auffällig erscheinen, weil meistens gelehrt wird, dass Detention auf Seiten des Einen juristischen Besitz auf Seiten des Anderen voraussetze. Insbesondere geht Mandry von diesem Standpunkt aus. Wir können aber diese Ansicht nicht für begründet erachten. Denn, wie schon oben gezeigt, ist der Finder-Detentor absolut nicht schutzlos, sondern es stehen ihm, wenn auch nicht die eigentlichen Besitzesklagen, so doch mehrere andere Klagen zu Gebote, um sich in seiner Stellung Dritten gegenüber mit Erfolg behaupten zu können. Es ist daher unser Resultat praktisch haltbar. Dasselbe ist aber auch nicht etwa quellenwidrig. Denn, wie selbst Ihering zugiebt [1]), „hat die Annahme einer Detention in der Person des Einen ohne juristischen Besitz in der des Anderen nach der Theorie der römischen Juristen nicht das Mindeste gegen sich". Vielmehr werden in den Quellen mehrere derartige Fälle erwähnt. Man vergleiche nur lex. 24 Dig. 41. 2.[2]) und lex. 18 § 1 Dig. cod.

1) Ihering, a. a. O. Seite 425.

2) Savigny, a. a. O. Seite 136 und 396. Auch die schon erwähnte lex 22, § 3, Dig. 49, 15 kann als Beispiel dienen.

Curriculum vitae.

Ich bin am 12. Juli 1873 zu Halle a. S. geboren und bekenne mich zu der evangelischen Konfession. Mit dem schulpflichtigen Alter von sechs Jahren besuchte ich die Vorschule der Francke'schen Stiftungen zu Halle a. S. und ging mit dem neunten Lebensjahre zur Lateinischen Hauptschule ebendaselbst über. Nachdem ich hier im September 1891 das Abiturientenexamen bestanden hatte, widmete ich mich zunächst der Eisenbahn-Baumeisterkarriere für das Maschinenwesen. Zu diesem Zweck absolvirte ich zu Halle in der Königl. Hauptwerkstätte vom October 1891 bis October 1892 das Vorbereitungsjahr, welches dem Studium auf der technischen Hochschule vorauszugehen hat. Schon während dieses Jahres hatte ich jedoch eingesehen, dass der von mir erwählte Beruf meinen Fähigkeiten und Neigungen in keiner Weise entspreche. Ich gab denselben daher nach Beendigung des erwähnten Elevenjahres auf und bezog die Universität zu Berlin, um mich dem Studium der Jurisprudenz zu widmen. Nachdem ich hier zwei Semester — Wintersemester 92/93 und Sommersemester 93 — studirt hatte, ging ich nach Halle zurück, wo ich die übrigen vier Semester zurücklegte. Nach Beendigung meiner Studien im August 95 meldete ich mich zum Referendarexamen. Nachdem ich dasselbe am 2. December 1895 bestanden hatte, liess ich mich in den Vorbereitungsdienst zum höheren Justizdienst aufnehmen und wurde als Referendar dem Königl. Amtsgericht zu Löbejün überwiesen, wo ich zur Zeit noch beschäftigt bin.

Hofbuchdruckerei von C. A. Kaemmerer & Co., Halle a. S.